# Archiv
## für die
# civilistische Praxis.

Zwanzigster Band. Erstes Heft.

## I.

## Ueber den Eigenthumserwerb der Kirchen, milden Stiftungen und Städte.

Von A. F. J. Thibaut.

In L. 23. pr. C. de SS. eccles. (1. 2.), welche die älteren Juristen, nach Maßgabe ihrer unergänzten Ausgaben, stets als L. 19. citiren, gab Justinian den Kirchen, milden Stiftungen und Städten für gewisse Fälle das Vorrecht der hundertjährigen Präscription. Der fromme Azo [1]) glaubt, es sey in Ansehung der Kirchen deßwegen geschehen, quia clerici tota die legunt in libris ecclesiasticis, nec multum curant de possessionibus suis, intenti divinis; während Procopius [2]) auf recht glaubhafte Weise erzählt, daß eine Statt gehabte Bestechung, ausgegangen von der Emesinischen Kirche, jene exorbitante Vorschrift veranlaßt habe. Justinian gibt nun den Kirchen u. s. w. jenes Privilegium ausdrücklich, sive hereditas, sive legatum vel fideicommissum

1) Comment. ad C. ad L. 19. de SS. eccles.

2) Anecdota nr. 519—525.

fuerit relictum, sive donatio vel venditio processerit. Gleich daran reihet sich im §. 1. dieser Zusatz: in his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem, et hypothecariam, secundum nostrae constitutionis tenorem, quae legatariis et fideicommissariis hypothecariam (al. hypothecas) donavit. Die hier angedeutete Constitution ist gewiß L. 1. C. commun. de legat. (6. 43.), worin Justinian sagt, er wolle allen Legataren geben nicht blos personalem actionem, sed et in rem, quatenus eis liceat easdem res — vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam. In Nov. 9. 111. worin jene Präscription erst erweitert, und dann in eine vierzigjährige verwandelt wird, ist von jenem Zusatz der L. 23. C. cit. nicht weiter die Rede; also bleibt es für uns ganz bei den Vorschriften dieses Zusatzes, über dessen Sinn leider gestritten wird.

Zur gehörigen Erklärung desselben ist es erforderlich, daß man abgesondert hervorhebt erst die Frage, inwiefern die Kirchen u. s. w. auf besondere Art das Eigenthum erwerben? und dann die zweite Frage, inwiefern ihnen auf besondere Art eine Legalhypothek gegeben seyn möchte?

In Betreff der ersten Frage waren alle Glossatoren, Azo mit eingeschlossen, der Meinung, daß der §. 1. cit. einen sogenannten transitus legalis dominii anordne, daß also auf die Kirchen u. s. w. bei Veräußerungen unter Lebenden durch den bloßen Vertrag, auch ohne Tradition, das Eigenthum übergehe. Nur über Einen Nebenpunkt stritten hier die Glossatoren. Einige behaupteten nämlich, jener transitus legalis finde bei dem Verkauf auch dann Statt, wenn ohne gegebenen Credit der Kaufpreis nicht gezahlt sey; während Andre, wohl offenbar besser, sagten: der transitus legalis ist hier nichts, als ein Surrogat der traditio. Wenn also selbst im Fall der Statt gehabten traditio das Eigenthum nicht übergeht, weil noch etwas Anderes fehlt, so muß

man es auch ebenso halten, wenn es fehlt, wo an sich der transitus legalis eintritt.

In Betreff der zweiten Frage, die Hypothek betreffend, war aber über das Wesentliche ein Streit unter den Glossatoren. Die Mehrzahl derselben behauptete, Justinian habe die hypothecaria in allen Fällen einer Veräußerung unter Lebenden, oder auf den Todesfall gegeben (in his omnibus casibus, wie der Anfang des §. 1. cit. sagt); dagegen behauptete aber Azo mit Hugolinus, die Hypothek gehe nur auf Erwerbungen aus einer letzten Willensordnung, weil der §. 1. cit. in dieser Hinsicht nur auf L. 1. C. comm. de legat. verweise, welche nicht weiter gehe, und in dieser Hinsicht enthalte mithin der §. 1. cit. für Kirchen u. s. w. nichts Neues. Unter den Nachfolgern der Glossatoren bis auf Cujacius wurden jene Ideen stumpfsinnig in das Breite verarbeitet. Ueber den transitus legalis dominii herrschte aber im Wesentlichen, nach wie vor, volle Eintracht, und auch unsre Praxis blieb im Ganzen stets dabei, so wie in Betreff der Legalhypothek bei der Idee des Azo, daher überall von jener Hypothek, als einer Besonderheit, nicht weiter die Rede war.

Ein guter Kenner der juristischen Natur hätte es gleich vorhersagen können, daß es in Betreff des transitus legalis zu einem Streit kommen müsse. Denn gute Köpfe, wie wir Juristen in der Regel sind, lieben nun einmal die Anomalien nicht, und eigensinnige unruhige Leute, wie wir auch wohl sind, beharren leicht entweder trotzig auf dem Angewohnten, oder auf dem lieben Nein, wodurch man originell wird. Wirklich hat nun auch der Streit Statt gehabt; allein man wandte nicht viel Kraft darauf. Als Anführer der Widersprecher kann Cujacius genannt werden, aber dießmal nicht als ein gründlicher Gegner. In seinen Werken hat er sich oft über die L. 23. C. cit. erklärt, aber fast immer blos in Beziehung auf die Präscription. Nur ein einziges Mal läßt er Etwas über den §. 1. cit. fallen, aber blos dieß: nec

etiam dominium acquiritur ipso jure in specie L. 19. C. de SS. eccles., ut ait Accursius male: nam ecclesiis et ceteris locis sacris dat Imperator hoc privilegium, ut rem quam emerint, nec acceperint, possint vindicare, ac sunt quaedam vindicationes fictitiae, quibus finguntur esse domini, nec sunt tamen [3]).

Sein großer Schüler Giphanius läugnete bald nachher ebenfalls den transitus dominii legalis in seiner trefflichen explanatio LL. difficil. Codicis p. 11. 12. Da wenige dieß seltene Werk zur Hand haben, und da sich Giphanius hier Schraubereien erlaubt, wobei die verba ipsissima das Beste sind, so will ich die einschlägliche Stelle in dem Folgenden wörtlich hinsetzen: Quod attinet ad dominium, verior est Azonis [4]) sententia, quamvis eum Bartolus reprehendat, nihil in hac lege adferri de dominio adversus regulam juris. Nam quod hic fit mentio vindicationis, id si proprie accipiatur de actione in rem, intelligendum est de hereditatibus, legatis et fideicommissis, quorum dominium ipso jure et sine possessione transferri solet. Sed non incommode potest verbum vindicationis generaliter accipi pro qualibet actione. Utitur nempe Imperator his duobus verbis pro eodem, exactionis et vindicationis. Cum tamen exactionis verbum proprie ad actiones in personam, ut vindicationis ad actiones in rem pertineat. Neque novum est in constitutionibus Justiniani et recentiorum Imperatorum, ut verba minus proprie cogamur interpretari. Praeterea non erat hoc Justiniano propositum, contra regulam juris introducere acquisitionem dominii sine possessione, sed hoc tantum, quod explicatum est de praescrip-

---

3) In libros codicis recitationes solennes ad L. 19. de SS. eccl. (Opp. T. 9. p. 103.)

4) Wo Azo den transitus legalis geläugnet hat, weiß ich nicht. Wahrscheinlich zieht hier Giphanius dasjenige mit hinein, was Azo nach dem Obigen über die Hypothek lehrte.

tione centenaria. Sed opponit Bartolus versum, quo ait Imperator se in omnibus casibus jam expositis dare non tantum actiones personales, sed etiam in rem et hypothecariam; et proinde concludit Bartolus, non tantum in legatis, sed etiam in donationibus et venditionibus et domiminium sine traditione translatum et actionem in rem competere. Respondeo: hunc versum non de illis casibus, ut legati, donationis et venditionis, sed de ecclesiis, captivis et civitatibus intelligendum. De his nempe tribus agit haec constitutio, et his tribuit hoc privilegium centenariae praescriptionis. Quod autem datur iis tribus actio personalis, in rem et hypothecaria, id non intelligendum in donatione aut venditione sine traditione factis, sed in legato et fideicommissis. Idque doceo hac ratione, quia Imperator ipse ait, se illis tribus has actiones in rem et hypothecariam dare secundum suae constitutionis L. 1. C. comm. de legat. tenorem.

Etwas dürftiger hat nachher Wissenbach [5]) den transitus dominii legalis abgethan, indem er kurzweg sagt, es sey dafür kein Gesetz vorhanden, also bleibe es auch in Betreff der Kirchen u. s. w. bei dem gemeinen Rechte.

Unsre besten älteren deutschen Praktiker blieben indeß bei der Lehre der Glossatoren, namentlich unser unvergleichlicher J. H. Böhmer [6]), mit Berufung auf Brunnemann und Lyncker, indem er darauf hinweis't, daß Justinian im Anfange der L. 23. C. cit. selbst gesagt habe, er wolle das jus divinum und publicum von dem jure privato gehörig scheiden. Nachdem die Sache eine Zeit hindurch geruhet hatte, und in vielen Schriften gar nicht einmal berührt ward, erklärte sich aber wieder C. C. Westphal [7]) für die Idee von Giphanius, ohne diesen jedoch

---

5) In libros IV. priores Codicis. L. 1. T. 2. §. 20.

6) Jus parochiale Lib. 5. cap. 1. §. 13.

7) Syst. d. R. R. über die Arten der Sachen §. 765. u. f.

zu nennen. Ich ließ mich dadurch nicht von der Ansicht der Praktiker abwendig machen, und billigte daher dieselbe in der ersten Ausgabe meines Pandektensystems §. 192. Mein damaliger Jenaischer College Hufeland that in seinem Lehrbuch [8]) das Umgekehrte, aber ohne Gründe anzuführen, indem er blos sagt: „Auch Kirchen und fromme Stiftungen erwerben kein Eigenthum ohne Uebergabe. Nicht entgegen ist C. I. 2. fr. 23. (de SS. eccles.). Anderer Meinung ist Thibaut §. 192.“ Lieber hätte ich es gesehen, daß er Statt meiner Wenigkeit die Hauptsünder, nämlich die Glossatoren, und auch allenfalls noch dazu J. H. Böhmer als Dissentientes genannt hätte. Indeß kam damit das Eis mehr in's Brechen, besonders seitdem auch der grundgelehrte Glück jenen transitus legalis verworfen hatte, zwar ohne besondere Gründe, aber doch mit Berufung auf Wissenbach, Giphanius, Westphal und Hufeland [9]). Dadurch ward ich selbst in den späteren Ausgaben meines Systems [10]) auf die andere Seite gezogen, und so erging es auch Schweppe [11]) und Wening [12]), welche sich einzig und allein auf Giphanius stützten, wogegen sich aber doch noch wieder Valett [13]) erklärte, indem er den Giphanius als Dissentiens nennt.

Bei abermaligem Nachdenken über diesen Punkt habe ich mich neuerlich überzeugt, daß sich für die Lehre der Glosse und der Praxis am Ende doch das Mehrste sagen läßt. Ich bekenne diese Aenderung meines Glaubens hier mit voller Offenheit. Wer dieß tadelt, der mag sich auch noch dazu

---

8) 1. B. S. 293.

9) Erl. d. Pand. 17. B. S. 218.

10) Frühere Ausgaben §. 592. 8te Ausgabe §. 738.

11) Röm. Privatr. 4. Aufl. 2. B. §. 242.

12) Civilr. 4. Aufl. 1. B. §. 125.

13) Pand. R. 1. B. §. 245.

über die retractiones des heiligen Augustinus und des edeln Cujacius aufhalten. Also nun zur Sache!

Sogenannte Anomalien sind insofern etwas Unangenehmes, als das Einfache mehrentheils das Beste ist. Allein in dieser beschränkten Welt sind vielfache Modificationen, unvermeidlich, und so besteht unser ganzes Recht überall aus Regeln, Ausnahmen, Zusätzen und Nachträgen. Im Römischen Rechte, welches bis auf Justinian nie revolutionär war, sondern sich nur langsam im Kleinen fortbildete, ist dieß vorzüglich der Fall, und so kamen die Römer mit ihrer Rechtsverfassung nie zu einer vollen Consequenz und Abründung. Dieß läßt sich an den mehrsten Lehren nachweisen, selbst an großen Massen, wie z. B. an der ganzen Lehre von der väterlichen Gewalt, der Ehe, der Testamente, des Pfandrechts und der Verjährung. Das Geflickte, wenn ich mich so ausdrücken darf, ist also die gangbarste Römische Erscheinung, und daher ist es unhistorisch und übertrieben, wenn Viele immer geneigt sind, das Anomalische künstlich wegzudisputiren [14]). Höchstens kann es gelobt werden, wenn davon die Rede ist, ob ein alter, durchaus weiser Grundsatz durch spätere schlechte Modificationen verkehrt eingeschränkt sey. Für unsre Frage kann nun aber von dem letzten gar nicht die Rede seyn. Denn der Rechtssatz, daß durch Veräußerungsverträge ohne Tradition das Eigenthum nicht übertragen werde, ist das Kahlste auf der Welt, und nicht mehr, als wenn verordnet wäre: die stipulatio soll

---

14) Vortrefflich sagt Noodt in seiner Einleitung zu seinem Julius Paulus: Semper existimavi, artem nostram non uno tempore coelo delapsam esse, imbris more; sed incrementa sua ab experimento utilitatis paulatim accepisse; sed nec ipsam per tot saecula parem atque eandem fuisse, verum ab hominum paupertate, severitate, opibus, mollitie, feritate, disciplina, religione, pace, denique et bello, saepe aliam atque aliam apparuisse.

nicht eher binden, als bis noch ein Handschlag hinzugekommen ist; daher auch der Code Napoléon mit allgemeinem Beifall die ganze Albernheit aufgegeben hat.

Man thue also in Beziehung auf die hier in Frage stehende Ausnahme nicht so, als ob damit gleichsam die Verletzung eines Allerheiligsten herauskomme; sondern man behandle vielmehr die Ausnahme als einen kleinen Fortschritt zum Besseren, welcher sich um so leichter historisch erklären läßt, da Justinian die Kirchen und was ihnen anhing, überall leidenschaftlich begünstigte [15]). Und dann erinnere man sich auch noch daran, daß schon längst vor Justinian in manchen Fällen des Eigenthumserwerbes die Tradition erlassen war. Es steht ja in Ulpiani fragmenta Tit. 19. §. 17. deutlich geschrieben: Lege nobis acquiritur, velut caducum, vel ereptorium ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege duodecim tabularum. Also nun ohne Vorurtheile genauer geprüft, was denn die L. 23. §. 1. C. cit. wirklich sagt!

Schon der erste Anblick setzt es ganz außer Zweifel, daß Justinian den Kirchen u. s. w. dreierlei Klagen gibt, nämlich personales, in rem und hypothecariam. Bei diesen Gegensätzen kann man nun unter actio in rem nichts Anderes, als die Eigenthumsklage [16]) verstehen. Schon der gewöhnliche Sprachgebrauch bringt dieß mit sich, und wollte man hier mit Giphanius (offenbar chikanirend) über die kaiserliche Latinität Zweifel erregen, so ließen sich diese leicht durch Justinian's eigne Aeußerungen niederschlagen. Denn in der, vorhin im Auszuge mitgetheilten L. 1. C. comm. de

---

15) Die L. 23. C. cit. nennt freilich auch noch die Städte. Allein Procopius erklärt es recht gut, warum man sie, zur Verdeckung der Bestechung, in aller Unschuld mitlaufen ließ.

16) Natürlich auch, als theilweise Eigenthumsklage, die actio in rem der Erwerber der Servituten, und ähnlicher dinglichen jura in re aliena.

legat. spricht er, gerade wie in der L. 23. §. 1. C. cit., von dreierlei Klagen, und nennt als Folge des in rem: ut eis liceat easdem res vindicare. Was hier also Cujacius in zäher Anhänglichkeit an die alte Regel von fingirten Eigenthümern, welche doch Nichteigenthümer sind, gesagt hat, das ist nichts als Träumerei, welche hier in keiner Hinsicht durch einen äußern Grund veranlaßt war.

Es kann hienach mithin nur noch davon die Frage seyn, für welche Fälle Justinian den Kirchen u. s. w., auch ohne Statt gehabte Tradition, die Eigenthumsklage, also das Eigenthum, gestattete? Giphanius und dessen Anhänger sagen nun: er gestattete sie ihnen blos secundum tenorem legis 1. C. commun. de legat., also blos bei Vermächtnissen, in welchem Fall nach dieser Constitution auch für andre Personen ein transitus dominii legalis, oder, wie Ulpianus sagt, ein lege acquirere Statt findet. Allein Giphanius hat hier leise ein verkehrtes Element eingeschwärzt. Denn in L. 23. §. 1. C. cit. beruft sich Justinian auf die L. 1. C. cit. nur als auf ein Gesetz, worin er den Vermächtnißnehmern *hypothecariam* gegeben habe, also kann das: secundum nostrae constitutionis tenorem blos auf die actio hypothecaria bezogen werden, wovon die L. 23. §. 1. C. cit. unmittelbar vorher tertio loco geredet hatte. Es begreift sich auch recht wohl, warum Justinian die L. 1. C. cit. blos als solche, worin er *hypothecariam* geschenkt, also geschaffen habe, herbeizieht, und von einem darin geschenkten Eigenthum nicht redet. Denn nach dem obigen Zeugniß Ulpian's hatten schon die 12 Tafeln für Vermächtnißnehmer den transitus legalis angeordnet. Die spätere Silbenstecherei hatte nun freilich Ausnahmen gemacht, z. B. für den Fall des heres damnus este dare. Allein Justinian, welcher, wie die Päpste, auf den trockenen Buchstaben kein Gewicht legte, und um so weniger legen durfte, da Er, Halb-Grieche und Halb-Römer, in der Zeit der senectus decrepita linguae latinae unmöglich Alt-Lateinische Wortklaubereien berücksichtigen

konnte, mußte und dürfte hier in voller Consequenz sagen: der transitus legalis dominii der 12 Tafeln soll für alle Vermächtnißnehmer, ohne Rücksicht auf die Formel, deren sich der Verleiher bediente, allgemein gelten. Die L. 1. C. commun. de legat. schenkt also den Vermächtnißnehmern, und schafft für sie keine actio in rem, sondern enthält nur eine Art von impedimentum remotum, etwa wie bei der prätorischen Intestat-Erbfolge die sogenannte dritte Klasse unde decem personae keine dritte Klasse ist, sondern im Grunde auch nur ein impedimentum remotum ausspricht. So war es denn auch ganz in der Ordnung, daß Justinian in L. 23. §. 1. C. cit. die L. 1. C. cit. blos als eine solche bezeichnet, quae legatariis et fideicommissariis *hypothecariam* donavit. Denn die Legalhypothek war darin allein ein ganz neues Kaiserliches Gnadengeschenk.

Beachtet man diese, wie ich hoffe, gute Bemerkung, so bleiben für die Ansicht der Glossatoren und der späteren Praxis die entscheidenden Gründe, daß Justinian die actio in rem oder rei vindicatio unbeschränkt gibt; daß er im pr. der L. 23. C. cit. bestimmt genannt hatte Legat, Fideicommiß, Schenkung und Verkauf; und daß er nun gleich im §. 1. hinzusetzt: in his autem *omnibus casibus* non solum personales actiones damus, sed etiam in rem. Wenn übrigens die Glossatoren die, aus dem transitus legalis hier entstehende vindicatio, weil sie nicht auf strengrechtlichen Gründen beruhet, nur vindicatio utilis nennen wollten, so betrifft dieß blos eine leere Form, und ist jetzt zu verwerfen, nachdem Justinian verordnet hat, daß jedes Eigenthum als ein Quiritarium behandelt werden solle.

Was endlich noch die Legalhypothek betrifft, so scheint mir die oben erwähnte Ansicht des Hugolinus und Azo die richtige zu seyn. Denn in Beziehung auf die Hypothek verweis't der Kaiser blos auf die L. 1. C. comm. de legat., also kann jenes in omnibus casibus nicht auf die hypothecaria bezogen werden. Freilich kam damit nichts

Neues heraus, weil die Kirchen u. s. w. schon durch die L. 1. C. cit. gedeckt waren. Allein wie gern gibt Justinian mehrmals, und wie gern wiederholt er! Dazu kommt nun noch, daß das, in L. 1. C. cit. gestattete Legalpfand nicht auf die eigenen Güter des oneratus geht, sondern nur auf das ererbte Vermögen. Davon kann nun aber bei Veräußerungen unter Lebenden gar nicht die Rede seyn; also läßt sich hier secundum tenorem der L. 1. C. cit. gar kein Object des Pfandrechts herausbringen.

Nachschrift.

Wenige Tage nach Vollendung dieser Kleinigkeit las ich eine Abhandlung von Marezoll in Linde Zeitschrift 9. B. 2. Hft. Nr. IX., worin derselbe S. 280—306. behauptet, die, in L. 1. C. comm. de legat. (6. 43.) gestattete in rem actio sey keine Eigenthumsklage, sondern eine utilis vindicatio ohne Eigenthum, welche Art der Klagen auch sonst als Schutzmittel da und dort vorkommen [17]). Seine Hauptgründe sind, daß Justinian in L. 3. §. 2. 3. C. eod., zwei Jahre nach Erlassung der L. 1. C. cit., dem Erben die Veräußerung der legirten Sache, wozu er früher im Ganzen befugt gewesen sey, verboten habe, welches sich ja von selbst verstehe, sobald man annehme, daß das Legat, so weit es möglich ist, ipso jure in das Eigenthum des Legatars übergehe. Dazu komme, daß Justinian in der noch späteren L. 8. C. ad SCt. Trebell. (6. 49.) verordnet habe, der Onerirte sey verbunden, die vermachte Sache zu tradiren, und der Vermächtnißnehmer könne nur durch Tradition dazu gelangen.

Das letzte Argument kann ich nun durchaus nicht gelten

---

17) Er citirt dafür §. 34. L. de rer. divis. (2. 1.) L. 5. §. 3. de R. V. (6. 1.) L. 16. de Servit. (8. 1.) L. 30. de m. c. don. (39. 6.) L. 9. §. 2. de A. R. D. (41. 1.) L. 30. C. de jure dot. (5. 12.) L. 1. c. de donat. quae sub modo (8. 55.). Ich meines Theils kann in allen diesen Gesetzen nichts finden, als ein anerkanntes natürliches, oder besonderer Umstände wegen gestattetes Billigkeits-Eigenthum.

lassen. Denn aus dem Eigenthum folgt nicht der Besitz, also muß dieser, als etwas Factisches, noch besonders erworben werden, auch wenn ein lege rem acquirere Statt gehabt hat. Das Wort tradere geht aber auf nichts, als die Besitzübertragung, wie schon das: amico rem custodiendam tradidit im §. 3. J. quib. mod. re (2. 14.) beweis't. Aber auch das erste Argument ist keineswegs entscheidend. Denn es ist etwas höchst Natürliches, daß der Gesetzgeber Specialitäten, woran man sich lange gewöhnt hat, besonders verwirft, auch wenn ihre Verwerflichkeit durch richtige Schlüsse schon aus einer neueren allgemeineren Vorschrift abgeleitet werden könnte.

Nun frage ich aber weiter: wenn Jemand Ansprüche auf das Eigenthum hat, und das Gesetz ihm eine in rem actio ad rem vindicandam gibt, was fehlt dann noch am Eigenthum, auch wenn die vindicatio eine utilis genannt wird? In einem der Gesetze, worin Marezoll eine vindicatio utilis, welche nicht auf Eigenthum gehen soll, finden will, nämlich in L. 1. C. de donat. quae sub modo (8. 55.) wird zwar dem Schenker nur eine vindicatio utilis gegeben, aber dieß wird doch gleich so erläutert: id est actionem, qua *dominium* pristinum tibi restituatur. Habe ich nun aber eine Klage auf das dominium pristinum als actio in rem, folglich gegen Jedermann, so habe ich eben damit Alles, was ich als Eigenthümer verlangen kann.

Ich muß aber noch Folgendes hinzusetzen, wodurch, wie ich glaube, meine Ansicht außer Zweifel gesetzt wird. Justinian's Gesetze über Gleichheit der Legate hatten eben diese Gleichheit zum Zweck, und nach seiner Idee sollten die, dem Legatar vortheilhaftesten Grundsätze des legati per vindicationem so weit als möglich [18]) für alle Arten der Legate gelten; daher er auch im §. 22. J. de legat. (2. 20.)

18) Also z. B. nicht, wenn eine, erst vom onerato einzulösende res tertii legirt ward.

ganz consequent und unbeschränkt bei einem legato generis im Zweifel allen Legataren das Wahlrecht gibt. Nun aber ward der Legatar bei dem legato per vindicationem gewiß ipso jure Eigenthümer, auf allen Fall nach der Agnition [19]) und Justinian hatte gewiß nicht die Idee, diese alten Rechte eines solchen Legatars vermindern zu wollen. Also hat er sie nur für die möglichen Fälle auf die übrigen Legate ausgedehnt. Man müßte also nach Marezoll's Idee hier zweierlei annehmen, nämlich für einige Legatare im dominium lege acquisitum, und für andre eine rei vindicatio ohne dominium. Das wäre aber eine betrübte Distinction, welche schon nach Regeln der Sprache verworfen werden muß. Denn nichts ist gewisser, als daß dasselbe Wort in derselben propositio nicht in doppeltem Sinn genommen werden darf, und dieß ist auch in den Gesetzen selbst anerkannt [20]). Nun aber sagt L. 1. C. comm. de leg. (6. 43.) unbeschränkt, alle Legatare sollten haben in rem actionem.

Alle diese Dinge treffen aber doch im Wesentlichen den Hauptpunkt, worauf meine obige Ausführung geht, nicht sonderlich. Denn in L. 23. §. 1. C. cit. hat Justinian, wie vorhin gezeigt ward, den Kirchen u. s. w. in dem Fall jeder Eigenthumsübertragung auch ohne Tradition eine actio in rem gestattet, folglich eine Klage gegen alle Welt, wodurch man in Anspruch nimmt, was der Eigenthümer in Anspruch nehmen kann. Also ist damit der sogenannte transitus legalis, auch ohne Statt gehabte Tradition, ausgesprochen, und unbedingt, mithin auch für den Fall, wenn der, welcher an eine Kirche u. s. w. verschenkte, oder verkaufte, die Sache vor der Tradition an einen Andern nachher veräußerte. Mit dem Besitz, als einer res facti, hängt

19) Gajus, II. 195.

20) L. 4. §. 2. de vulg. subst. (28. 6.) L. 2. 4. C. de impub. et al. subst. (6. 36.).

dieß aber nicht zusammen, wie auch schon richtig denkende Glossatoren zu L. 23. §. 1. C. cit. bemerkt haben.

Hätte Justinian den nöthigen, ihm vielfach fehlenden Verstand gehabt, so wäre es ihm freilich leicht gewesen, mit drei Worten unsern Kritteleien einen Riegel vorzuschieben. Allein nach seiner Weise stellt er sich viel höher, und sagt im §. 2. J. de legat. (2. 20.), er habe cum magna lucubratione die L. 1. C. commun. de legat. zu Stande gebracht.

---

## II.

## Possessio civilis ist weder gleichbedeutend mit possessio ad usucapionem, noch mit possessio ad interdicta.

Von Herrn Professor Burchardi in Kiel.

---

Durch Thibaut's Annahme des Erb'schen Begriffs der possessio civilis [1]) bewogen, die Lehre vom Besitz von Neuem durchzustudiren, und besonders alle Stellen im Corpus juris mit Sorgfalt zu vergleichen, in welchen von possessio civilis und naturalis, civiliter possidere und civiliter non possidere die Rede ist, bin ich zu der entschiedenen Ueberzeugung gekommen, daß es zwar, ungeachtet alles dessen, was neuerdings Thon [2]) dafür gegen Thibaut vorgebracht hat, zu eng ist, wenn v. Savigny [3]) unter possessio civilis nur die possessio ad usucapionem verstehen

---

1) Thibaut, über possessio civilis in diesem Archiv, Bd. 18. Nro. 13.

2) Im Rheinischen Museum, B. 4. S. 95. f.

3) Recht des Besitzes §. 7.